LAS DIFERENTES MANIFESTACIONES DEL PLURIJURIDISMO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO

CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO)

Nos complace abordar la temática del “plurijuridismo”, habida cuenta que se trata de una cuestión que actualmente es objeto de diferentes investigaciones¹. Para ello, pondremos el acento en algunas de sus manifestaciones en el campo del Derecho Privado.

I. A modo introductorio, puede admitirse que el “plurijuridismo” guarda una estrecha relación con la problemática de las “fuentes del derecho”, que como sabemos constituye una de las cuestiones centrales del mundo jurídico. Sin embargo, el tema desborda las fronteras de las “fuentes”, constituyéndose en una nota sobresaliente del Derecho de la postmodernidad. Ello explica el interés por el tema, que se expresa en diferentes estudios, monografías e investigaciones –generalmente muy recientes-, encarados desde la Sociología y la Filosofía del Derecho, el

---

¹ El autor ha participado en un proyecto de investigación sobre el tema, bajo la dirección de la Dra. Noemí L. Nicolau, titulado “Puntos de conflicto del Derecho Civil patrimonial interno derivados del contacto con otros modelos jurídicos. Armonización o apertura al plurijuridismo”, radicado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Derecho Internacional Privado y el Derecho Civil².

II. Desde la perspectiva del Derecho Privado, Noemí L. NICOLAU ha dicho que *“El vocablo plurijuridismo se emplea para atribuir una cualidad al ordenamiento normativo cuando en él existe ‘polisistemia simultánea’, que es un encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o ‘pluralismo jurídico’, que consiste en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos”*³.

La ‘polisistemia simultánea’ es excepcional, pudiendo reconocérsela actualmente en algunos ordenamientos en los cuales -por razones históricas y culturales- conviven diferentes sistemas jurídicos, tal el caso de Canadá, en el cual concurren el common law y el civil law. En cambio, el ‘pluralismo jurídico’, tiene múltiples manifestaciones, especialmente en el ámbito del Derecho Comunitario, el Derecho Indígena y los microsistemas especiales, en particular los conformados en el campo del Derecho Contractual.

Intentaremos pasar revista a todos estos fenómenos.

---

² CIURO CALDANI, Miguel A., “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976; JAYME, Erik, “La sociedad multicultural y el Derecho Privado. La experiencia alemana”, Centro de Estudios e Investigación en Derecho Comparado y Extranjero”, 1999; NICOLAU, Noemí L., “Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual”, en “Libro Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón”, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, pág. 207 y ss., y “El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización”, en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, obra colectiva dirigida por Atilio Alterini y Noemí Nicolau, coordinada por Carlos A. Hernández, La Ley, 2005, pág. 423 y ss.

³ “Las fuentes...”, op. cit., pág. 208.

III. Tal como lo recuerda Natalino IRTI, el plurijuridismo puede reconocerse en el ámbito de los procesos de integración regional sometidos a instancias de “armonización”, ya que una pluralidad de derechos estatales no es, ni puede ser, una unidad normativa⁴.

En tal supuesto, no debe sorprender la dificultad de construir regímenes normativos eficientes. En la experiencia europea, los intentos “armonizadores” siempre generan importantes esfuerzos. Valga como ejemplo el caso de la Directiva 85/374 CEE del 25 de Julio de 1985 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, y su posterior reforma 1999/34 CEE, que aún no han logrado eliminar las diferencias locales o nacionales⁵, al tiempo que subsisten cuestiones pendientes de tratamiento a fin de consolidar un régimen adecuado de protección⁶.

El fracaso de las experiencias de integración encaradas por nuestro país y el sesgo “unitario” de nuestra organización política y económica

---

⁴ “Sul problema delle fonti in diritto privato”, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, t. LV (2001-II), pág. 700. Dicha constatación que supone la ruptura de la unidad del Derecho Privado en procesos de integración, se ve agudizada en Europa por la paradójica actitud de los Estados nacionales de admitir un amplio fraccionamiento del Derecho interno a favor de los respectivos Derechos regionales. El ejemplo más paradigmático es el español.

⁵ MARTIN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep, “La responsabilidad por productos defectuosos: un intento de armonización a través de Directivas”, en “Derecho Privado Europeo”, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2003, pág. 940.

⁶ GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, “Situación actual de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos en la Unión Europea”, en “Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Prof. Roberto López Cabana”, coordinado por De Ángel Yagüez e Yzquierdo Tolsada, Ciudad Argentina y Dickinson, Madrid, 2001, pág. 151.

hacen que estas manifestaciones del ‘plurijuridismo’ no presenten entre nosotros –al menos hasta ahora-la intensidad expuesta.

IV. Erik JAYME, destacado comparatista y privatista alemán, ha puesto en evidencia otra manifestación del ‘plurijuridismo’, al señalar como rasgo sobresaliente del Derecho Europeo de la postmodernidad, al “multiculturalismo”, emergente del creciente número de inmigrantes provenientes de culturas extranjeras⁷. El “multiculturalismo” da cuenta de pluralidad de idiomas, religiones, estilos de vida y estándares morales, los cuales han de impactar sobre el Derecho Privado. En ese contexto, JAYME considera que las respuestas del Derecho Privado deben ser “flexibles”, sustentadas en el respeto a la “autonomía de la voluntad” –especialmente en las relaciones no patrimoniales-, y respetuosas de la “identidad cultural” (vg. en lo referido al nombre y a las relaciones jurídico-familiares).

Las recientes tensiones evidenciadas en la comunidad francesa, en gran medida como consecuencia de la falta de igualdad real de oportunidades y respeto efectivo de los derechos personalísimos de las comunidades de inmigrantes, da cuenta de la actualidad y utilidad del planteo.

En nuestro país, el “multiculturalismo” suscita diferentes reflexiones. En perspectiva histórica, puede reconocerse que el Derecho nacional, tanto Público como Privado, procuró “uniformar” la sociedad, bajo los estándares o criterios imperantes para los sectores dominantes. Así, la Constitución Nacional de 1853/60 luego de reconocer la libertad de culto para nacionales y extranjeros (artículos 14 y 20), facultaba al Congreso -en el artículo 67,

---

⁷ JAYME, “La sociedad ...”, op. cit.

inc. 15- a “...proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”⁸. Por su parte, el Código Civil, en concordancia con los modelos comparados a los que tributaba -en especial el Code Napoleon-, tomaba como paradigma de regulación, a un *hombre abstracto*, ajeno a sus peculiaridades y circunstancias.

Esta realidad ha comenzado a ser superada, al menos parcialmente y a nivel normativo, con la reforma constitucional de 1994. Recordemos que el nuevo artículo 75, inc. 17 establece que corresponde al Congreso “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

De este modo, y en consonancia con la interpretación constitucional prevaleciente⁹, se entiende que la referida cláusula garantiza la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas; el derecho a la transmisión del

---

⁸ HIGHTON, Elena I., “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en RDPyC, N° 7, Santa Fe, 1996, pág. 279.

⁹ Idem, pág. 280; BIDART CAMPOS, Germán, “Los derechos de los ‘pueblos indígenas argentinos’”, LL 1996-B-1205.

---

conocimiento, como educación bilingüe e intercultural; el derecho a la personería jurídica de sus comunidades¹⁰; el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que ocupan; el derecho a acceder a otras tierras aptas; y el derecho a la gestión de los recursos naturales.

En lo que concierne al Derecho Privado, es evidente que el nuevo marco constitucional de las comunidades indígenas genera un sistema jurídico propio, que convive con el sistema general de los Códigos de Derecho Privado.

El ejemplo más representativo se expresa en el derecho a la posesión y propiedad comunitaria, dado que la particularidad cultural bajo la cual se sustenta este derecho ha llevado a nuestra doctrina civilista a considerar su autonomía respecto del sistema codificado. Los caracteres del dominio civil, aún morigerados con la reforma de 1968, distan de guardar armonía con la propiedad comunitaria indígena. Así se recomendó en la Comisión N° 4 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al afirmarse que *“La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inciso 17° de la Constitución Nacional, hace innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”*¹¹.

---

¹⁰ Un interesante precedente en el cual se ventiló la personalidad jurídica y la consecuente legitimación de una comunidad aborigen –representada por su presidente– para ejercer derechos de incidencia colectiva puede verse en *“Chiquichano, Francisco”*, JFamilia, Puerto Madryn, 22/06/00, LL 2002-B- 93.

¹¹ Este es el criterio que resulta de los debates de la Convención Constituyente. En particular, recuerdo aquí lo afirmado por el convencional Díaz, quien sostuvo que la cláusula intenta *“...respetar un modo específico de relación de los pueblos indígenas con la tierra que no necesariamente queda bien contenido en el Código Civil Argentino con sus tradiciones romanistas. El Código Civil está concebido desde la idea individualista de la propiedad, desde la idea occidental, que puede ser buena, mala o regular pero que*

Estos planteos se manifiestan también en incipientes desarrollos jurisprudenciales. En tal sentido citamos el reciente precedente “*Comunidad Mapuche Huayquillan c/ Brescia, Celso A. y otro*”, fallado por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería de Chos Malal el 18 de Agosto de 2004¹². En el mismo se ventilaba una acción de usucapión promovida por la comunidad indígena actora. El planteo se sustentaba en las normas respectivas del Código Civil y en la citada cláusula constitucional¹³. Con buen criterio, el a-quo sostuvo que a la comunidad demandante le hubiera bastado acreditar su calidad de pueblo indígena y la ocupación de las tierras por las que accionaba para obtener el reconocimiento de su derecho, en base a lo dispuesto por el artículo 75, inc. 17 de la Constitución Nacional.

V. El “plurijuridismo” también se expresa mediante la coexistencia de ordenamientos normativos “generales” (Códigos) y “especiales” (leyes microsistémicas), que pugnan por delimitar sus campos de actuación. El “plurijuridismo” actúa aquí como un emergente de los intereses sociales que reclaman protección y que se encuentran fuera de los Códigos de

---

no engloba la vinculación de las comunidades indígenas con la tierra”. En el mismo sentido puede verse a WIERZBA, Sandra y otros, en “Responsabilidad civil por daño ambiental. Nuevas respuestas jurídicas ante el desarrollo de emprendimientos mineros”, en RCyS, Agosto 2004, pág. 29 y ss.

¹² Ver LL 2005-C-685, y la valiosa anotación del fallo del Dr. Luis O. ANDORNO, titulado “Comunidades indígenas. Posesión y propiedad de tierras por los pueblos indígenas. El artículo 75 inciso 17, Constitución Nacional”.

¹³ También se invocó el Convenio 169 de la OIT, que nuestro país aprobó mediante Ley 24.071. Al respecto puede consultarse con provecho a HUALPA, Eduardo, “Comunidades indígenas y los derechos de incidencia colectiva, LL 2002-B- 94.

Derecho Privado¹⁴. Por ello, se ha dicho que cuando esos intereses encuentran reconocimiento legislativo, dan lugar a cuerpos normativos “autosuficientes”, que exigen que sus “lagunas” deban ser primariamente integradas mediante el recurso a sus propios principios, y de manera “residual” por aplicación de las normas codificadas¹⁵.

Sin embargo, no parece razonable una exagerada afirmación de la “especialidad”. Por de pronto, vale la pena cuestionarse si las soluciones contenidas en los “microsistemas” pueden –en cualquier caso- desconocer los principios informadores del “sistema” de Derecho Privado¹⁶. En muchas ocasiones, los operadores jurídicos se enfrentan a estas graves “tensiones”; un supuesto paradigmático lo encontramos en la genérica recepción que nuestro legislador ha hecho del “lease back”. Esta figura, constituye una especie de leasing por la cual el bien objeto del contrato puede adquirirse “...por el dador al tomador por el mismo contrato o habérselo adquirido con anterioridad” (art. 5, inc e, ley 25.248). La figura entra en colisión con los principios que gobiernan los derechos de garantía, en un régimen que como el nuestro impide que el acreedor se valga de pactos comisorios y de la apropiación directa de la cosa por parte del acreedor. Por ello, hemos postulado una interpretación restrictiva de la norma especial¹⁷, procurando un “diálogo” enriquecedor entre las normas especiales y las emergentes del

---

¹⁴ Por ello, Natalino IRTI, en su célebre obra *La edad de la descodificación*, habla de una edad de ‘particularismo legislativo’, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 97.

¹⁵ *Idem*, pág. 90.

¹⁶ NICOLAU, “El derecho...”, *op. cit.*, pág. 431 y ss.

¹⁷ FRESNEDA SAIEG, Mónica L, FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Leasing. Ley 25.248 comentada y reglamentación”, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 46 y ss

sistema general¹⁸.

En otras ocasiones, la tensión se presenta cuando las fronteras entre las normas generales o sistémicas y las especiales o microsistémicas, no cuentan con una adecuada precisión. Los debates habidos tanto en el Derecho Comparado cuanto en el Derecho Nacional en torno al concepto de consumidor y usuario, constituyen un excepcional ejemplo¹⁹.

Pero, no sólo los límites entre el Derecho Común y los estatutos especiales suscitan interés. También son atractivos y muchas veces imperceptibles, los “vasos comunicantes” existentes entre ellos²⁰. El caso del Derecho del Consumidor en su relación con el Derecho Contractual codificado constituye un buen ejemplo, dado que en el Derecho vivo se reconocen conceptos, categorías y valores comunes, que dan cuenta de una integración “oculta”, que va tendiendo puentes y caminos, adelantando la labor futura del legislador. La experiencia jurisprudencial reciente resulta elocuente²¹.

---

¹⁸ Quien utiliza la expresión “diálogo de las fuentes”, es Erik JAYME. La misma puede verse en “Entrevista con o Prof. Erik JAYME”, en “Cadernos do programa de pós-graduacao em Direito – PPGDir./UFRGS - Edicao em homenagem a entrega do título de Doutor Honoris Causa”, Universidad Federal do Río Grande Do Sul, Porto Alegre, 2004.

¹⁹ HERNÁNDEZ, Carlos A., “Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor? (El diálogo entre el Derecho Común y el Derecho del Consumidor)”, en “Libro Homenaje al Profesor Jorge Mosset Iturraspe”, en prensa en Editorial Universidad Nacional del Litoral.

²⁰ Idem.

²¹ Así, en la causa “*To talk S.A. c/ Minifon S.A.*”, para sostener la nulidad de una de las cláusulas cuestionadas, el tribunal recurrió al estándar de “injustificada restricción de los derechos” del adherente, vigente desde hace una década para los contratos de consumo. Vale la pena recordar que el conflicto refería a un reclamo de daños y perjuicios a consecuencia de un incumplimiento contractual, promovido por un agente de una empresa de telefonía celular contra ésta, alegando la abusividad de un conjunto de cláusulas, a la que se hizo lugar tanto en primera como en segunda instancia. No hay dudas que el contrato se encontraba en el marco de la actividad profesional de ambas partes, ajeno a los dominios del Derecho del Consumidor. Ver C.N.Com., Sala D,

VI. Finalmente, el “plurijuridismo” invita a reflexionar sobre las relaciones habidas entre las propias leyes especiales o microsistémicas²². Obviamente, cuando las mismas conciernen a la tutela de intereses claramente diferenciados la interrelación carecerá de interés. Sin embargo, en muchos supuestos, los intereses se entrecruzan generando serias dificultades para el operador jurídico.

Así, un régimen especial puede resultar interferido por otro, y esa interferencia puede apuntar a cercenar –al menos parcialmente- sus objetivos protectorios. En nuestro país, creemos reconocer este fenómeno en el ámbito del estatuto de defensa del consumidor, dado que en los últimos tiempos, algunas típicas “relaciones de consumo” han sido “desgajadas” de su ámbito natural, dando lugar a regulaciones especiales, muchas veces ajenas al espíritu protectorio de la ley 24.240. Ello acontece –parcialmente- con la ley de tarjeta de créditos, y en mayor medida aún, con la ley de leasing. La sola lectura de alguna de las nuevas normas especiales (vg. art. 6 de la ley 25.248) parece reflejar la voluntad que las anima, que no

---

11/09/2002, en ED 202- 480 y ss. La cuestión no sorprende, ya que ambas nociones tributan al principio general de la buena fe, que actúa como norma de clausura en todo el régimen de cláusulas abusivas, dentro o fuera de la ley 24.240, exigiendo la preservación del equilibrio del contrato. No es casual que el propio artículo 37 aluda a la buena fe, luego de enunciar a los estándares y al reducido elenco de cláusulas abusivas tipificadas como tales, ni que todos los precedentes judiciales fuera del ámbito de aplicación del estatuto de defensa del consumidor se apoyen en la buena fe para desarrollar las nociones de “renuncia o restricción de derechos”, “desnaturalización del tipo contractual” o “irrazonabilidad”. De este modo, se reconocen en nuestro derecho vivo puntos intensos de integración entre el Derecho Contractual Común y el Derecho del Consumidor, en concordancia con los sistemas más eficaces y modernos, como el que resulta de la reciente reforma al BGB.

²² Ello repercute en la manera de considerar las relaciones entre las nuevas ramas del derecho, por ejemplo entre el Derecho del Consumidor y el Derecho de la Educación. Enfoques sobre estas perspectivas pueden verse en HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen jurídico de los servicios educativos privados. Consideraciones desde la perspectiva del derecho contractual”, RDPyC 2005-1, pág. 291 a 320.

es otra que recurrir al “plurijuridismo” como forma de limitar o desvanecer la impronta protectoria del régimen de consumo. Hemos visto en este fenómeno una tendencia preocupante, que no condice con las experiencias del Derecho Comparado²³.

Afortunadamente, la reciente reforma a la ley de defensa del consumidor introducida por la ley 26.361, ha venido a resolver el problema, toda vez que el nuevo artículo 3, en su segundo párrafo dispone que *“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”*; agregando el párrafo tercero de la misma disposición que *“Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”*.

Sobre el particular hemos dicho que *“La reforma brinda pautas precisas para resolver los problemas de fuentes que devienen de la voluntad legislativa de fortalecer la unidad del estatuto de defensa del consumidor, para lo cual: a) Profundiza la integración de todas las normas, sean estas generales o especiales, aplicables a las relaciones de consumo. Con esa vocación, entendemos que resta importancia a la aludida distinción, evitando la preeminencia de éstas últimas; b) Ratifica*

---

²³ Lejos de ello, en Europa la tendencia marcha en dirección a la sistematización en cada Estado nacional de las normas en materia de consumo. Así, puede verse en la sanción del reciente Código del Consumo en Italia.

---

la regla hermenéutica de la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda sobre la solución más adecuada para la tutela del consumidor entre las distintas normas que conforman el estatuto de defensa del consumidor. No puede soslayarse en este sentido el título que hoy preside el artículo 3: ‘Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia’, diferente del anterior que solo aludía a la “Interpretación”’²⁴.

VII. La reseña anterior pone en evidencia la existencia de una marcada complejidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo que exigen un cambio cultural, especialmente de quienes actúan cotidianamente sobre él. El rol del juez y del jurista en esta nueva cultura jurídica ha de suponer una mirada atenta de la referida complejidad, procurando evitar la construcción de soluciones sesgadas, no atentas al necesario “diálogo” entre las diferentes fuentes del derecho, especialmente en el ámbito de las relaciones privadas²⁵

---

²⁴ FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual”, en Suplemento especial de JA del 28 de mayo de 2008, *Régimen de defensa del consumidor. Análisis de su reforma*, pág. 7.

²⁵ “Entrevista con...”, op. cit., pág. 65.

Las diferentes manifestaciones del plurijuridismo...